POR DON PEDRO DEL ALCAZAR Y

Zuñiga, Cavallero del Orden de Santiago, como marido y conjunta persona de Doña Beatriz de Vargas Ponce de Leõ, legitima sucessora, y actual posseedora de los Vinculos y Mayorazgos que instituyeron, y fundaron Bartolome de san Martin, y D. Francisca Fajardo su muger sus revisabuelos maternos, y como hija, y heredera de D. Iuana Perez de Guzman, nieta, y renunciataria de D. Francisca de san Martin Fajardo, posseedora que fue de los dichos Vinculos y Mayorazgos.

CON

D. MARIANA PACHECO, Y FERNANDO Farfan su Procurador, como señor de la instancia: Y con Don Iuan de Gatica, y Doña Mayor Venegas su muger, Donatarios vniversales de la dicha Doña Mariana Pacheco.

PARA

Que se confirme la sentencia del Licenciado D. Alonso Martinez Duran, Teniente que fue desta Ciudad.

FACTI ET IVRIS

Allegatio satisfactoria adversæ partis allegationibus.

N.1. EL Abogado de D. Iuan de Gatica, dize en el principio de su Informe, aver parecido muy embaraçoso el hecho de este pleyto a la vista de el. Y lo cierto es, que el defecto de puntualidad, y certeza conque lo refiere, causara mucho mayor embaraço, y obscuridad, si aqui con toda distinciō y claridad no le deshizieran algunos nublados que pretende excitar, y por nuestra parte deshazer, numero por numero en la manera siguiente.

2 Lo primero se presupone, que en el num. 1. le faltò al Abogado, y assi se añade aqui, que la facultad que los dichos Instituidores de estos Mayorazgos, se reservarō en su fundacion para assignar bienes del suplemēto que faltasse a lo señalado para la cantidad de tercio y quinto, fue para que lo pudiessen hazer entrambos, y en caso q̄ premuriesse el vno, lo pudiesse hazer el que quedasse, como parece de la clausula, num. 17.

3 Lo segundo se presupone, que el Abogado diminutamēte en el num. 4. de su Informe, haze relacion de la clausula del testamento de la Fundadora, debiendola hazer muy puntual, y para que lo sea, la clausula es en la manera siguiente, fol. 164.

Clausula del Testamento de Doña Francisca Fajardo, Fundadora de estos Mayorazgos.

4 *Y Porque quando se hizo la dicha escritura, dexamos nuestro derecho a salvo para poder señalar el suplemento de la dicha mejora, en los bienes que a los Instituidores, y a cada vno dellos pareciesse: Por tanto quiero que para la dicha mejora, se meta, e incorpore, el juro de los tres mil ducados que el Cabildo de esta Ciudad me paga, porque mi voluntad es, que las Heredades de la Sierra queden por bienes libres, y no vinculados, por si mis hijos quisieren (andando el tiempo) disponer de ellas; y assi en todo lo que fuere possible, se haga de suerte q̄ no queden las dichas haziendas debaxo del dicho Vinculo, auiendo otros bienes de que cumplir las dichas mejoras; ni tampoco la Heredad del Alamo q̄ tengo dada entre otros bienes al Licenciado Iuan de san Martin mi hijo, estimada en cierta cantidad de marauedis, como parece por la escritura que de ello passò; no es mi voluntad quede señalada para el dicho Vinculo, sino que la aya el dicho Licenciado a cuenta de su legitima, y quede por bienes libres; para que si quisiere pueda disponer de ella,*

ella, ò la possea en la estimacion en que està apreciada.

5 Lo tercero se presupone, que tambien en el mesmo num. 4. se refieren por el Abogado diminutamente, las palabras de la adjudicacion hecha por los Contadores, y Partidores del dicho Iuro en vno de los Vinculos; que lo debieron ser con toda puntualidad, y para que lo sean, constarà de la mesma clausula a la letra, que està fol. 166. del pleyto, y es en la manera siguiente:

Clausula de la adjudicacion que los Contadores, en execucion de la voluntad de la dicha Doña Francisca, hizieron de este Iuro al Vinculo

6 *ITem, se dan, y adjudicã al dicho Licẽciado Iuã de san Martin, para el dicho Vinculo, 1. q. 016U250. mrs. en vna Heredad, en que avrà treinta y quatro arãçadas de viña, y diez arãçadas de olibar, cõ su casa bodega, lagar, vasija, en q̃ caben 2U. arrobas de vino, en termino de dos Hermanas al pago de la Sierreçuela, que lindan con viñas de Antonio de Vargas Machuca, y con otras del Iurado Alonso de Caceres Gatica, y por delante con el camino real, que va a los Palacios, apreciado todo en 2U710. ducados; Y porque los dichos Bartolome de san Martin, y Doña Francisca Fajardo su muger al tiempo y quando hizieron la dicha escritura del Vinculo, y mejora, dexaron su derecho a salvo para señalar el suplemento de la dicha mejora, en los bienes que a los Instituydores, y a cada vno de ellos quisiesse, y les pareciesse: y en cumplimiento de la dicha reserva, la dicha D. Francisca quiso, y mandò, que en la dicha mejora, se meta y vincule, vn tributo de tres mil ducados, que el Cabildo, y Regimiento de esta Ciudad paga a Doña Francisca Fajardo, porque su volũtad fue, q̃ las Heredades de la Sierra, y del Alamo, quedẽ por bienes libres, y los aya libremẽte el dicho Licenciado a cuenta de su legitima, y pueda disponer de ellas, como mas largamente parece por la clausula de su Testamento, a que nos referimos: Y no embargante que le està adjudicado, y dado al dicho Licenciado el dicho tributo de 3U000. ducados de principal, que està impuesto sobre la dicha Ciudad de Sevilla, y sus propios, y rentas de ella, a razon de 14U. marauedis el millar, porque paga 80U350. marauedis en cada vn año, por escritura fecha en favor de la dicha Doña Francisca Fajardo en dos de Março de 1590. años, ante Marco Antonio de Alfaro escriuano publico de Seuilla, para pagar los*

dichos tributos, que la dicha D. Franciſca Fajardo auia impueſto ſobre el dicho tributo, y ſobre los bienes ſuyos, ha de quedar y queda obligado el dicho Licenciado Iuan de ſan Martin Fajardo, y ſe obliga por eſta particion, y clauſula, a que dentro de quatro años, que ſe hã de cõtar, y cuentan deſde el dia de la aprobacion, redimirà, quitarà, y chancelarâ todos los dichos tributos, y deudas, que eſtan impueſtos y cargados ſobre el dicho tributo, y lo pondrà libre y realengo, ſin obligacion, ni hypotheca, para bienes, y poſſeſsion de eſte dicho Vinculo, y haziendo obligacion, y adjudicacion expreſſa ante eſcriuano publico, que a mayor abundamiento deſde luego para eſto ſe lo vinculamos, adjudicamos, y ſeñalamos por bienes de eſte dicho Vinculo en los dichos 3U000. ducados de principal; y ſi no lo hiziere, toda la parte que de el libertare, y quedare libre, eſſa tal quede vinculada, y la hà de vincular, y adjudicar al dicho Vinculo: Y a mayor abundamiento, y para mayor ſeguridad de el, le damos, y adjudicamos, y ſeñalamos por bienes vinculados de el, y de la dicha mejora, la dicha Heredad del Alamo, en termino de Dos hermanas, con tal declaracion, que ſi el dicho Licenciado redimiere, y libertare el dicho tributo de 3U000. ducados, como dicho es, y libre, y deſobligado le adjudicare expreſſamẽtè a eſte dicho Vinculo, todo ò en parte de la dicha cantidad que hiziere la dicha adjudicacion, quede libre, y deſobligada del dicho Vinculo, y no ſujeta a el, para que como bienes libres, y proprios ſuyos, ſin obligacion de reſtitucion, ni grauamen, diſponga de ella el dicho Licenciado Iuan de ſan Martin a ſu voluntad, y la venda, atribute, ò enagene en qualquier manera para la redempciõ de los tributos que eſtan impueſtos ſobre el dicho tributo, y todo el tiempo que como dicho es, no libertare el dicho tributo, quede, y eſtè hypothecada eſpecialmente la dicha Heredad para la ſeguridad del Vinculo, y obligada a el toda la cantidad, y parte que del dicho tributo no ſe libertare, adjudicare, y vinculare. Cõſta del pleyto, fol. 166.

7 Y eſta particion con todas ſus calidades, y obligaciones fue aceptada, y otorgada por el dicho Licenciado Iuan de ſan Martin Fajardo, y los demas ſus comparticioneros, y aprobada por authoridad de Iuez, como parece fol. 177.

8 Lo quarto ſe preſupone, que el Abogado contrario en ſu Informe, deſde el num. 5. haſta el 9. ò por deſcuydo, ò con cautela, refiere el hecho de los pleytos poſſeſſorio, y executiuo, no ſolo con poca puntualidad, ſino con poca certeza; porque lo que conſta de los autos es en la manera ſiguiente:

9 Por muerte del dicho Licenciado Iuan de ſan Martin, y

por

por su Testamento, quedô instituyda por su heredera vniversal Doña Mariana Pacheco su muger, la qual hizo invẽtario de los bienes libres que supuso avian quedado por muerte del dicho su marido, y en el, no solo inventariô el Iuro de los 3U000. ducados, como de contrario se dize, sino tambien la Heredad de el Alamo, como consta de dicho inventario, fol. 121. del pleyto, a la buelta. Y aviendo vsado antes del titulo de Heredera, y cobrado como tal, los reditos de este Iuro vinculado, sin protestacion alguna, desde dos de Abril de seiscientos y veinte y quatro, como consta de los recados vltimamente presentados, despues por el mes de Mayo del año de 24. hizo execucion en todos los bienes por la cantidad de su dote, y arras, y la travô en todos los del inventario, y cayô sentencia de remate, en cuya virtud tomò possessión de la dicha Heredad del Alamo, y de los demas bienes invẽtariados, como consta a fol. 143.

10 Por otra parte, el mismo año de 624. por el mes de Abril, D. Francisca Fajardo como legitima sucessora de los Vinculos, pidiô possessión de todos los bienes, Iuros, y Heredades de ellos, y se le mandò dar: y aviendola empeçado a tomar de las Heredades del Alamo, y la Sierreçuela, en dos de el dicho mes de Abril, en cinco de el la contradixo la dicha D. Mariana Pacheco, fol. 41. diziẽdo que eran libres. Y siguiendose este juyzio entre ambas, la parte de la dicha D. Frãcisca Fajardo haziendo relacion del pleyto executivo de la dicha D. Mariana Pacheco, y de las possessiones que la susodicha avia tomado, pidiò q̃ se acumulasse al juyzio possessorio que ella avia intentado.

11 El Ordinario ante quien se intentò la acumulacion (por passar ambos en su Iuzgado) declarò no aver lugar la acumulacion a fol. 86. Y aviẽdose apelado por parte de la dicha D. Francisca Fajardo, por autos de Vista y Revista de la Real Audiencia, fol. 152. y 156. se revocò, y se mandò, *que el pleyto executiuo de la dicha D. Mariana Pacheco (en quanto a los bienes vinculados) se acumulasse al de la dicha D. Francisca Fajardo.* Y aviendose debuelto por parte de D. Mariana Pacheco, a fol. 157. pidiò que su pleyto executivo se desacumulasse en quanto a los bienes inventariados en que ella auia hecho la execucion, y en particular en la Heredad del Alamo, y el Iuro de los 3U

ducados, y otros bienes que expressa, diziendo que eran libres. Por parte de D. Francisca Fajardo se pretendiò lo contrario en quanto al Iuro de los 3U. ducados, y vnas casas (sin hazer contradicion ninguna en quãto a la Heredad del Alamo, y otros bienes) y sobre este articulo huuo auto del Ordinario, à fol. 184. confirmado por los Señores de la Real Audiencia en Vista, fol. 188. y en Revista, fol. 192. que este de Revista se pronunciò en 12. de Diziembre de 624. en que se mandò lo siguiente.

Auto del Ordinario, confirmado en Vista y Revista

12 *QVE, el dicho pleyto executivo de la dicha Doña Mariana Pacheco se desacumule, y haga Ramo de por si, para que la susodicha lo siga por el derecho de su dote contra la Heredad del Alamo, viñas de la Lõguera, casas de san Iuã de Acre, tributo y deuda de Pedro de Escobar Melgarejo, vino, y vinagre, y demas bienes muebles cõtenidos en el Inventario, y que quedasse acumulado al pleyto de la dicha Doña Francisca, en quanto a los demas bienes que la susodicha pretẽdia eran vinculados (que son todas las casas y bodegas de la calle del Vino, y Moreria, tributo de 3U. ducados que paga Sevilla, y parte del tributo que paga Ynes Bernal, y la Heredad de la Sierreçuela) para que sobre esto en el dicho pleyto siguiessen las partes su justicia. Y en quanto a la hypotheca que estava fecha de la Heredad del Alamo, para que el dicho Licenciado Iuan de san Martin redimiesse ciertos tributos impuestos sobre el de los 3U. ducados, se reseruò el derecho a la dicha D. Francisca Fajardo, y a los demas sucessores en el dicho Mayorazgo, para que en razon de la dicha redempcion sigan su justicia como les convenga.* Y en los autos de Vista y Revista desta Real Audiẽcia se añadiò la calidad *de que fuesse sin perjuyzio del derecho de las partes, sobre si los bienes son vinculados, ò no.*

13 Lo quinto se presupone, que en execucion de esta executoria, se desacumulô el pleyto de la dicha Doña Mariana, y se siguiò a parte ante el Teniente segundo, y Melchor Diaz Canel, escrivano de su Iuzgado, y en virtud de la sentencia de remate, pidiò la susodicha que se vendiesse la Heredad del Alamo, y demas bienes executados, para hazerle pago de su dote, y se mandaron vender; y aunque en el pleyto estavan presen-

presentados los remates, parece que se quitaron de el, y faltan tres ojas; pero lo que no se pudo quitar fueron los remates originales que se hizieron ante Pedro Ramirez de Ayala escrivano publico de Sevilla, de que se ha presentado testimonio en estos autos despues de visto el pleyto, y por el parece averse rematado la Heredad del Alamo, en del año de 627. en el Licenciado Pedro del Moral, en cantidad de maravedis.

14 Lo sexto se presupone, que del hecho referido fielmente en los numeros immedatè precedientes, se convence el fundamento principal de Don Iuan de Gatica, y en que tanta instancia haze su Abogado en la Informacion de derecho, num.37. diziendo, que Doña Francisca posseyò la dicha Heredad del Alamo, y gozò de sus frutos todo el tiempo que la dicha D. Mariana gozò del tributo de los 3U. ducados, y sus reditos.

15 Lo septimo se presupone, que el Abogado de don Iuan en el num.9. de su Informe refiere la possession que D. Mariana Pacheco tomò de este Iuro, y otros bienes, citando el testimonio que su parte presentò, fol.369. en el qual cautelosamente omitiò, que aviendo llegado a noticia de D. Francisca la possession y amparo que D. Mariana avia tomado de este Iuro (callando, y encubriendo la executoria, y lo demas referido en los numeros antecedentes) en 24. de Enero de 627. saliò al pleyto, y la contradixo, y presentò testimonio de la dicha executoria, conque no prosiguiò mas el pleyto la dicha Doña Mariana en quanto al Iuro: y aunque juntamente con el testimonio del remate, que queda referido, se presentò peticion de la dicha D. Francisca, contradiciendo la possession del Iuro, se arrancò de este pleyto, quedando el testimonio referido en el dicho pleyto, como consta del que se ha presentado en este vltimamente.

16 Lo octauo se presupone, que aunque el Abogado de Don Iuan de Gatica en el num.9. de su Informe parece que haze gran ponderacion, de que no consta en este pleyto que el Licenciado Iuan de san Martin redimiesse los tres mil ducados de tributos impuestos sobre este Iuro, y que tan solamente consta fol.360. averse redimido los mil ducados de ellos por el General Pedro de Escobar Melgarejo, en conformidad de

la obligacion con que el dicho Licenciado Iuan de san Martin, y la dicha D. Mariana su muger, le vendieron vna heredad: esto no es del proposito del derecho de este pleyto, aunq̃ oy consta que estan todos redimidos, como parece de los recaudos vltimamente presentados, estando ya el pleyto en el Acuerdo.

17 Lo nono se presupone, que el Abogado contrario en el num. 10. haze relacion de los dos pleytos que Don Pedro del Alcazar, como marido y conjunta persona de D. Beatriz Ponce intentò con brevedad, y confusion alguna: y para su mayor inteligencia cõviene referir el hecho de entrambos, que estàn acumnlados en este desde fol. 210. y es en la manera siguiente.

18 En 6. de Diziembre de 644. Don Pedro del Alcazar en virtud de recados que presentò en el pleyto que Don Iuan de Gatica como Curador ad litem de D. Beatriz Ponce, muger del dicho Don Pedro, avia començado de possession de los bienes de este Vinculo, y pidiò se le diesse possession de ciertos bienes pertenecientes a el, de que no auia acabado de tomar possession el Curador, y se le mandô dar, y la tomò del Iuro sobre que es este pleyto, y el amparo, como consta fol. 289. y 316.

19 Y en 15. de Março del mesmo, con testimonio de la possession, y amparo referidos, el dicho Dõ Pedro, ante el Alcalde Don Leonardo Henriquez, y Iuan de Godoy escrivano de su Provincia, puso demanda en forma a la dicha D. Mariana Pacheco, pidiendole los frutos y reditos de este Iuro de todo el tiempo que lo avia detentado desde el dia de la muerte del dicho Licẽciado Iuã de san Martin, por cuya causa sucedio en este Vinculo la dicha D. Francisca Fajardo, visabuela materna de D. Beatriz, muger del dicho D. Pedro, hasta fin de 643. como parece fol. 318. Y aviendose notificado esta demanda, contestado, y recibido la causa a prueba, salio Fernando Farfan, en nõbre de la dicha D. Mariana, y como su Procrador, pidiendo se acumulassen estos dos pleytos referidos, al possessorio de D. Francisca Fajardo, referido num. 9. y fueron mandados acumular: y la dicha D. Mariana pretendiò que se avian de dar por ningunos los dichos autos de possession y amparo que se mandò dar del dicho Iuro a la dicha Doña

Beatriz

Beatriz Ponce, y que avia de ser amparada, y manutenida en la que dixo avia tomado del dicho Iuro, como acreedora de su marido, porq̃ el Iuro no era vinculado, sino bienes libres suyos. A que se satisfizo por parte de la dicha Doña Beatriz con el mesmo hecho que queda referido. Y concluso el pleyto, saliò auto del Ordinario en 3. de Iunio de 645. que està fol. 372. del tenor siguiente.

Auto del Teniente Don Iuan de la Rua

20 *Vistos estos autos. Dixo, que amparava y manutenia al dicho Don Pedro del Alcazar, como marido y cõjunta persona de D. Beatriz de Vargas Ponce de Leon, posseedora del Mayorazgo que fundaron Bartholome de San Martin, y D. Francisca Rodriguez Fajardo, en la possession y amparo que como tal posseedor, mediante la persona de la dicha su muger, tiene tomada de vn Iuro de tres mil ducados de principal, que paga el Cabildo y Regimiento de esta Ciudad a nombre de la dicha D. Francisca. Y en quanto à las demas pretensiones de las partes, recibia y recibiò este pleyto y causa à prueba con termino de nueue dias comunes a las partes. Y assi lo mandò, y firmò, &c.*

Este auto difinitivo fue confirmado por sentencias de Vista y Revista de la Real Audiencia, fol. 379. y 385.

21 Lo dezimo se presupone, que debuelto este pleyto al Ordinario, cuya sentencia fue confirmada en Vista y Revista, para que le executasse en quanto a su primera parte, y para q̃ le prosiguiesse en quanto a la segunda, que es la prueba, y notificado el debolvimiento al dicho Fernando Farfan para que corriesse la prueba, y en el discurso, y aviendo corrido diez y seis dias de ella, con cuya ocasion el dicho Fernando Farfan dixo y pretendiò que no era parte en este pleyto, por quanto la dicha D. Mariana era difunta: y en 28. de Febrero de 646. se declarò por el Ordinario *por bien hecha la notificacion al dicho Fernando Farfan, y por parte al susodicho*, por el qual fue apelado, y confirmado por la Real Audiencia, *con que se hiziesse saber al Heredero, y corriesse la prueba de nuevo*, y se mandò despachar sin embargo.

22 Lo vndezimo se presupone, que aviẽdose presentado por parte de Don Pedro de Alcazar, testimonios de como Don Iuan de Gatica, y D. Mayor Venegas su muger, eran cõforme

al testamento de D. Mariana, instituidos por sus herederos, y siendo ya antes sus donatarios vniversales, se pidiô que se les notificasse aceptassen la herencia de la susodicha, para q̃ se les hiziesse saber la demanda, en execucion del auto de la Real Audiencia: y aviendoseles notificado, como parece fol. 399. por no auer respondido a este articulo, en 23. de Abril saliò al pleyto el dicho D. Iuã, y la dicha Doña Mayor su muger, como tales donatarios vniversales, y pidieron que se ha de declarar pertenecerles en virtud de la dicha donacion el Iuro de los tres mil ducados, y caso q̃ fuesse vinculado, averseles de pagar mil ducados, que conforme a la dicha partició dezian que le faltavan por satisfacer al Licenciado Iuan de san Martin, de los bienes que se le dieron en resquentro de los tres mil ducados de este tributo: a lo qual se satisfizo por el dicho Don Pedro, como se vido en los Estrados por la particion original, fol. 414.

23 Y por no aver satisfecho a la notificacion, por peticion a parte, fol. 416. se les acusò la rebeldia, y se mandò, *que como a tales donatarios vniversales, se les hiziesse saber el estado del pleyto, y se declarô aver cumplido con esto:* y el dicho Don Iuan, fol. 418. pidiò que el pleyto se recibiesse a prueba en quanto a la demanda de la propriedad, y que se declarasse no auerle parado perjuyzio la notificacion que se les avia hecho a el, y a la dicha su muger, y huvo auto de el Iuez Ordinario, fol. 418. del tenor siguiente.

Auto del Teniente.

24 *DIxo, que recibia y recibiò este pleyto y causa a prueba en la causa principal de la propriedad, con termino de nueue dias comunes a las partes, y declarava y declarò por bien hecha la notificacion que en estos autos se hizo al dicho Don Iuan de Gatica, y su muger, en 15. y 17. de Mayo de este año.* De este auto fue apelado por el dicho Don Iuan de Gatica, y se confirmô por la Real Audiencia, fol. 424. Y contestada la demanda por los susodichos, y passado el termino de la prueba, concluso el pleyto, huvo sentencia del Ordinario, pronunciada en dos de Noviembre de 646. que està fol. 439.

Sen-

Sentencia del Teniente.

DIxo, que condenava y condenò a D. Mariana Pacheco y ſus bienes, y a Don Iuan de Gatica, y D. Mayor Venegas ſu muger, como ſus donatarios univerſales, a que paguen al dicho D. Pedro en nombre de la dicha ſu muger; los maravedis que dentro de tercero dia verificare aver cobrado del dicho Iuro la dicha D. Mariana, deſde el dia del falleſcimiento del Licenciado Iuan de ſan Martin Fajardo ſu marido, haſta fin del año paſſado de ſeiſcientos y quarenta y tres, y las coſtas, &c.

26 De eſta ſentencia fue apelado por los dichos Don Iuan, y D. Mayor, y dicho de agravios, y fue recibida eſta cauſa a prueba, y huuo ciertas probanças, que no ſon de conſideracion alguna, y eſtà el pleyto concluſo, y viſto para ſentéciar.

27 Lo duodezimo ſe preſupone, que en cinco de Mayo de 1628. la dicha D. Franciſca Fajardo otorgò eſcritura de renũciacion de eſtos dos Vinculos, en la qual ay las clauſulas tocantes a eſte pleyto del tenor ſiguiente, que eſtàn fol. 325.

Primera Clauſula de la eſcritura de renunciacion.

28 *OTorgo que deſde luego hago ceſsion, y renunciacion de los Vinculos y Mayorazgos, y bienes a ellos pertenecientes, en el dicho D. Pedro de Vargas Ponce de Leon, por ſi, y como marido y cõjunta perſona de Doña Iuana de Guzman ſu muger, mi nieta, a quien legitimamente pertenece la dicha ſuceſsion de ellos, conforme a ſu fundacion, y llamamientos, para que deſde luego los ayan, tengan, y poſſean, con cargo de que ayan de guardar, pagar y cumplir las condiciones, cargas, y obligaciones a que eſtuuieren obligados los bienes de los dichos Vinculos, ê yo como poſſeedora de ellos, debo pagar y cumplir deſde primero de Enero del año que viene de ſeiſcientos y veinte y nueve en adelante.*

Segunda Clauſula de la renunciacion.

29 *PRimeramente, con condicion, q̃ por quanto oy ſe trata y ſigue pleyto ſobre la poſſeſsion de vn tributo graduado en vn Iuro ſobre el Almojarifazgo de Indias, y de otros bienes pertenecientes a los dichos Vinculos, el dicho Don Pedro de Vargas ſe aya de encargar, y encargue de tomar a ſu cargo la voz y defenſa del dicho pleyto, y fenecerlo*

a ſu

a su costa en ambas instancias: y saliendo con el dicho Iuro, y demas bienes que pretenden por el dicho pleyto, lo ha de gozar el dicho Don Pedro, y la dicha Doña Iuana su muger, con los demas bienes vinculados, y llevar, y gozar los reditos que se le mandaren pagar; con declaracion que lo que montaren los reditos que se le mandaren pagar, y cobraren por el dicho pleyto hasta fin deste presente año de seiscientos y veinte y ocho, se me aya de dar y dè à mi la mitad: Y las demas partes restantes tenga obligacion a gastar y destribuir en hazer los reparos que yo estaua obligada de hazer en los bienes de los dichos Vinculos, y que no he hecho, cobrando como ha de cobrar el dicho Don Pedro enteramente todo lo que montaren los dichos reditos que assi se mandaren pagar por el dicho pleyto, dandome a mi de lo que assi cobrare la dicha mitad, y lo demas distribuyendolo en los dichos reparos, de que ha de tener cuēta y razon, e yo se lo tengo de poder pedir; y tenga obligacion a darmela luego que conste auer hecho la dicha cobrança.

Tercera Clausula.

30 *QVe se desiste desde luego del derecho que tiene a los dichos Mayorazgos, para que los aya y goze el dicho Don Pedro, y la dicha Doña Iuana su muger, y los demas sus descendientes que han de suceder, conforme a las Clausulas de la fundacion, &c.*

31 Lo dezimotercio se presupone, que la dicha Doña Francisca Fajardo a onze de Enero de 631. años, renunciò en Doña Clara de Gatica su hija, Monja en el Convento de Belem, la mitad de los reditos que por Clausula de la dicha renunciacion se avia reservado, como parece de la escritura, fol. 344. del pleyto. Y la dicha Doña Clara de Gatica aceptò esta renunciacion, y a mayor abundamiento dio poder para su cobrança al dicho D. Pedro del Alcazar, como parece fol. 139.

32 Lo dezimoquarto se presupone, que en 18. del mes de Agosto de 1629. la dicha D. Mariana Pacheco otorgò escritura de donacion vniversal de todos sus bienes, muebles, rayzes, deudas, derechos, y acciones, en favor del dicho D. Iuan de Gatica, y de Doña Mayor Venegas su muger, en que ay las clausulas tocantes a este pleyto del tenor siguiente, como parece fol. 407.

Primera Clausula.

33 *OTorgo que doy en pura y justa donacion irreuocable, que es dicha entre vivos, desde luego para siempre jamas a los dichos Don Iuan de*

de Gatica, y Doña Leonor Venegas su muger, para si, y sus herederos, y sucessores, y las otras personas que su titulo y causa huuierẽ en qualquier manera; conviene à saber, de ciertos bienes (**que expressa y especifica**) *y en todos los demas bienes muebles, y rayzes, deudas, derechos, y acciones que me pertenecen, y me pertenecierẽ, y de mi quedaren al tiempo de mi fallecimiento, para que en la cãtidad que fueren, y segun, y como yo los huviera de aver, y me pertenecieren, los ayan, y sucedan en ellos el dicho Don Iuan de Gatica, y sus herederos, como si aqui fueran expressados y mencionados, con las dichas casas, y viñas que se refieren. Y de todo ello, y de sus frutos, rentas, y aprovechamientos, el susodicho ha de gozar desde el dia de mi fallecimiento en adelante para siempre jamas, dandole como desde luego le doy y adjudico la propriedad de los dichos bienes, para que como yo los aya y tenga, con el poder y derecho, accion, y señorio que a ellos, y a todos los demas (de que hago esta donacion en su favor) me pertecen, y pertenecieren.*

Segunda Clausula.

34 *CON los quales dichos cargos, y sin otros algunos, dono, y adjudico a los dichos Don Iuan de Gatica, y Doña Mayor Venegas su muger, los dichos bienes, a los quales, y a cada vno insolidum, doy poder cumplido, cession bastante irrevocable, con las fuerças y firmezas de derecho necessarias, para que desde el dia de mi fallecimiento en adelante administren y beneficiẽ las dichas casas, y viñas, y demas bienes rayzes, y semovientes, deudas, derechos, y acciones que yo tengo, y tuviere, y de mi quedaren, y me pertenecieren en qualquiera manera, los quales pidan, reciban, y cobren de los deudores y personas en cuyo poder estuvieren, y de quien, y como con derecho deban.*

35 Y esta donacion con sus clausulas, fue aceptada en forma por los dichos Don Iuan de Gatica, y Doña Mayor Venegas su muger, como parece fol. 412.

36 His igitur in facto suppositis, & præiactis fundamentis insistendo vestigijs del Abogado de D. Iuan, venimos en que sit summa huius tractatus divisio en tres Capitulos. De legitimatione Primum. De Iudicio Secundum. De Actione Tertium. Et quia iuxta celebre dicterium Baldi in l. precibus. C. de impuberum, ferro aperit viam qui per contraria tendimus en la manera siguiente.

PRIMA OPPOSITIO.

37 OPone que ningun principio es mas vulgar en el derecho, que deberse repeler del juyzio, el que aunque aya accion para lo que pide, no legitima todavia su persona, ni le compete (aunque competa a otros) accion para lo que pide, y que este defecto obsta ex diametro, a Doña Beatriz Ponce, en la pretension de este pleyto, y que aũque pide los reditos de este Iuro por dos titulos, vno ex propria persona, y otro ex aliena, y como renunciataria de D. Francisca Fajardo su visabuela materna, deficit en la justificacion de vna y otra calidad, contra el principio natural vulgatissimo, qui se dicit talem, tenetur se probare talem.

38 Y llegado a la probança (como le incumbe) de la menor proposicion de este sylogismo, la haze en esta manera. En quanto a lo que pide ex propria persona, dize que es ocioso tratar de ello, y que Doña Beatriz, quod petit intus habet, y que ha cobrado los reditos de este Iuro desde el punto que tomò la possessìon de el, ac subinde quod dolo non caret qui petit quod restituere oportet eundem. l. dolo petit. ff. de reg. iuris cum vulgatis. Et hæc quoad propriam personam.

39 Quoad alienam, porque se llama renunciataria de Doña Francisca Fajardo, y no presenta renũciacion de la susodicha en su favor.

40 Y que la consequencia es legitima, & in forma concludẽs, ita quod aunque re ipsa huviera accion, no legitima persona en ella, y consequentemẽte vel ex ipso mero iudicis officio, & nemine postulante à iudicio repelli debet, ex celebratissima glos. in l. vbi pactum. C. de transactionibus.

Respuesta.

41 PAra cuya mayor claridad y distincion, es preciso hazerla de quatro diferencias de tiempos, todos comprehendidos en la demanda de este pleyto. El primero es desde primero de Abril de 624. que fue el dia de la muerte del Licenciado Iuã de san Martin Fajardo, immediato predecessor

de

de estos Vinculos, a Doña Francisca Fajardo su hermana, q̃ el dicho dia sucediò en ellos, hasta cinco de Mayo de 628. que fue el dia del otorgamiento de la renunciacion.

42 El segundo tiempo, desde el dicho dia cinco de Mayo de 628. hasta el de la muerte de Doña Iuana Perez de Guzman su nieta, y renunciataria que fue en 12. de Agosto de 1629. como parece de la fe de su entierro presentada en estos autos.

41 El tercero fue desde el dicho dia de la muerte de la dicha D. Iuana, hasta el de la muerte de Don Pedro de Vargas, marido de la dicha Doña Iuana Perez de Guzman, padre, y administrador legitimo de la dicha D. Beatriz de Vargas Pōce de Leon, que litiga, que fue en 8. de Iulio de 642. como parece de la fe de su entierro, vltimamente presentada en estos autos.

44 El quarto y vltimo fue desde el dicho dia 8. de Iulio de 642 hasta fin de 643. que fue lo que por ella se pidiò, y contiene la condenacion de la sentencia del Ordinario, de que se pretende confirmacion.

45 Rursus vt certa ab incertis separentur, en quanto al tiempo quarto y vltimo desde la muerte de Don Pedro de Vargas, ni ay ni puede aver duda in iure, que legitima su persona D. Beatriz, y asi no la pone el Abogado de Don Iuan, sino in facto, ò por mejor dezir, asiēta que no la debe aver, porque con evidēcia se conuēce con las certificaciones del despacho de los Iuros, que estàn presentados en el Acuerdo, y en este pleyto.

Del primer tiempo de D. Francisca Fajardo.

46 LA qual, en quanto a los reditos de este Iuro, hizo renunciacion de ellos hasta fin del año de 628. en Doña Iuana Perez de Guzman su nieta, como parece de la clausula de renunciacion referida supra num. 29.

47 De la qual (en quanto a este tiempo) pretēde el Abogado de D. Iuan, que se comprueba la ilegitimacion de la persona de D. Beatriz, y que de ella resulta aver dado la dicha Doña Francisca al dicho Don Pedro de Vargas su yerno, estos Vinculos en dote, en execuciō de promessa que de ello dize averſele fecho por capitulaciō de este matrimonio, y que de ello se consigue aver sido los frutos de todo el tiempo que durò el dicho

dicho matrimonio, frutos de dote, y como tales pertenecien-tes al marido pro oneribus ipsius matrimonij l. pro oneribus. C. de iure dotium, cap. salubriter, de vsuris, cum vulgatis, ac subinde, que à solo don Pedro de Vargas, y a sus herederos pudieron pertenecer estos frutos, de que se halla tan lexos D. Beatriz su hija, que tiene expressamente repudiado su herencia, y que con solo esto queda evidentemente probada, ipsius personæ quoàd recuperandos huius temporis fructus illegitimas. Porque esto se excluye facilmente, ponderando (como debe) que aunque en la clausula de la dicha renunciacion, dicto num. 28. se menciona al dicho Don Pedro de Vargas; todavia es y debe ser constante, que esta mencion no es para mas que como marido y conjunta persona de D. Iuana Perez de Guzman su nieta, renunciataria, y sucessora en los dichos Vinculos, y todos los demas sucessores despues de ella; lo qual mas bien se declara en la clausula referida, num. 30. ibi: *Para que los ayan y gozen el dicho Don Pedro, y la dicha D. Iuana su muger, y los demas sus descendientes q̃ han de suceder.*

48 Por manera que esto fue renunciar los frutos de estos Vinculos por el dicho tiempo, en la dicha D. Iuana, como caudal suyo, y mencionar a su marido, solamente fue para que como tal, los pudiesse administrar, y cobrar.

49 Sin que a esto pueda ni deba hazer obstácia alguna lo que pondera el Abogado de Don Iuan, a saber, que Don Pedro de Vargas llevô en dote de D. Iuana de Guzman su muger, estos Vinculos quando casô con ella: y que assi se contiene en la mesma escritura de renunciacion, referida ibi: *Y la dicha D. Iuana entre los bienes que adjudicò al dicho Don Pedro de Vargas, al tiempo de su casamiento, fue la sucession de los dichos Vinculos, y bienes à ellos pertenecientes, segun consta por la escritura de promessa, y adjudicacion dotal.* Y que de esto resulta aver sido estos frutos dotales, y como tales indubitablemente pertenecientes al dicho Don Pedro de Vargas, y no a otra persona alguna, d. l. pro oneribus. C. de iure dotium. Porque se excluye facilmente. Lo primero, porque estas no son mas de palabras enunciativas, y la enunciacion solamente refiere y declara, lo que à se ipso inerat, & nihil operatur. l. 3. ff. de legatis. 1. cum vulgatis, hoc est, la esperança de la futura, è inmediata sucessiõ de estos Vinculos, en la persona de la dicha Doña Iuana, como

vnica defcẽdiẽte de fus Fundadores, llamada a ellos por la fin y muerte de la dicha D. Francifca renunciante.

50 Lo fegundo, porque la promeffa de la dicha efperança de fucefsion por muerte de D. Francifca (aun quando fuera difpofitiua, y no enunciativa) no comprehendiera, ni fe eftendiera a la renuciacion en vida de la mefma D. Frácifca, cafus enim vacationis per mortem, & vacationis per renuntiationem funt inter fe diverfi, & vnus alium non comprehendit, neque fub illo includitur, neque refcriptum, aut quælibet difpofitio loquẽs de illo habet locum in ifto, textus celebris in cap. fufceptum. 6. de refcriptis, lib. 6. & conftat ex diverfa ne dicamus adverfa caufa vtriufque fuccefsionis: Porque en la de muerte pertenecen los frutos al fuceffor iure proprio fanguinis, y en virtud del llamamiẽto del primer Fundador independiente del inmediato predeceffor. l. vnum ex familia. §. 1. ff. de legat. 2. Per contrarium en la fucefsion per renũtiationem totum ius capitur, & dependet ab immediato renunciante, & ex ipfius perfona, & nomine: y afsi de vno ad alium tanquam omnino feparatis nulla poteft fieri confequentia, argum. textus in. l. Papinianus. ff. de minoribus, cum vulgatis.

51 Lo tercero, porque de lo dicho refulta afsimefmo, que fupuefto que eftos reditos renũciados de efte Iuro eran ya caydos y devengados en vida de Doña Francifca Fajardo, y a ella pertenecientes, y ella como tal adquirente los renuncia, y como feñora difpone de ellos, nunca pudieron tener calidad de frutos dotales, aceffocios, y originados de fuerte principal dotal, que como tales oviẽffen de ceder a la adquificion del marido, y fujetarfe a la ley pro oneribus, fino quando mucho tan folamente a la calidad y naturaleza de fuerte principal de dote reftituyble a la muger, y a fus herederos, vt in terminis de los frutos caydos, ò corridos de los bienes que la muger lleva en dote antes del matrimonio, es llano è indubitable en la ley. 3. & ibi Barb. & in. l. divorcio. ff. foluto matrim. y confequentemente nunca fe pudo dar cafo en que los corridos de efte Iuro fueffen frutos de dote de D. Iuana de Guzman, ni que como tales fe dieffen a favor y adquificion de D. Pedro de Vargas fu marido, taliter, que no le quedaffe obligacion alguna a reftituirlos a la fufodicha, ni a fus herederos,

en fuerça de la dicha ley pro oneribus.

52 Lo quarto y vltimo, porque de lo dicho resulta, que la calidad y naturaleza de esta renunciació, y reditos de este Iuro de que se haze, es solamente ser bienes parafernales de Doña Iuana de Guzman, y como ya avemos dicho num. 47. la mécion de la persona de D. Pedro de Vargas su marido, solo fue para que los cobrasse, y administrasse, por la facultad q̃ para ello tuviesse, y no para otro efecto alguno. Y siendo desta calidad, maritus contradicente muliere nõ potest administrare bona paraphernalia, licêt posset sine mandato vxore nõ contradicente, Gutierr. de iuram. confirm. 1. part. cap. 46. nu. 2. Y si el marido no administrò, ni cobrô este genero de bienes, no estâ obligado a restituirlos, y se quedan como de antes por de la muger, Carrasco ad. l. Recopil. cap. 11. num. 111. Y estos son los terminos en que se halla este caso, adonde supuesto que estos reditos renunciados por D. Francisca Fajardo, a D. Iuana de Guzman su nieta, fueron bienes parafernales de la mesma, si D. Pedro de Vargas no los cobrò, ni administrò, consisten el dia de oy en su primeva naturaleza, y la parte legitima y formal para cobrarlos, es la mesma Doña Iuana de Guzmã, y por su muerte sus herederos, q̃ lo es vnica y vniversal Doña Beatriz su hija, y en esto no ay dificultad alguna.

Del segundo tiempo de la renunciacion.

53 ESte fue desd el dia primero de Enero de 629. hasta el de la muerte de D. Iuana de Guzman su nieta, que fue en doze de Agosto de 629. Y en estos procede todo lo que dexamos dicho en el tiempo precedente, hoc est, que fueron bienes parafernales de la dicha D. Iuana de Guzman, y que supuesto que no los administrò, ni cobrô D. Pedro de Vargas su marido, estàn, y permanecen en su primer estado, y calidad de bienes parafernales, y los puede, y debe cobrar la susodicha, y su heredero.

Del tercero tiempo de la renunciacion.

54 ESte tambien se subdivide en otros dos: a saber, el primero, desde el dia referido de la muerte de la dicha D. Iuana de Guzman, hasta el dia de la muerte de Doña

Fran-

Francisca Fajardo, que fue a 15. de Otubre de 1636. años. Y el segundo, desde el dia de la muerte de la dicha D. Francisca Fajardo, hasta el de la muerte del dicho D. Pedro de Vargas. Y aunque el Abogado de Don Iuan de Gatica pretende aver pertenecido estos dos tiempos igualmente a Don Pedro de Vargas, iure patriæ potestatis, y como a vsufructuario, y administrador legitimo de bienes adventicios de D. Beatriz su hija, y en el vno y otro no tiene fundamento; todavia es distinta la raciocinacion de cada vno, en la manera siguiẽte.

Del tiempo decurso desde la muerte de Doña Iuana, hasta el de D. Francisca. §. Prior.

55 EN los reditos de este tiempo sucediò D. Beatriz nõ iure sanguinis, neq; ex propria vocatione primorũ instituẽtium, sino por renunciacion de la dicha D. Francisca su visabuela, como parece de la clausula referida, num. 30. ibi: *Se desiste para que los aya y goze el dicho Don Pedro, y la dicha Doña Iuana su muger, y los demas sus descendientes que han de suceder.* Por manera que premuriendo (como premuriò) la dicha Doña Iuana a la dicha D. Francisca, todo el tiempo que esta viviò, le cedieron estos reditos, ex vi donationis, & renuntiationis proavitę in sui favorem factę, y tambien todo lo que rentassen, constituyeron suerte principal, y no frutos para vsufructuar, ni ceder à la patria potestad de su padre, y procede en ellos todo lo que superius dexamos cõsiderado en los tiempos antecedentes.

Del tiempo decurso desde el dia de la muerte de D. Francisca, hasta el de D. Pedro de Vargas. §. Posterior.

56 EN el qual solamente se verificò, y sucediò el caso de ser Doña Beatriz legitima sucessora, y actual posseedora iure sanguinis ex propria persona ex fundatorum vocatione en estos Vinculos: y tampoco en este tiempo pertenecieran sus reditos a Don Pedro de Vargas, sino a la mesma D. Beatriz que los pide: porque dexada a parte la question con-

controversa: *Vtrùm in bonis maioratus, & iure sanguinis filiofamilias delatis habeat locum vsusfructus paternus?* De quo latissimè Perscribentes Regnicolas, maximè Rodericum Suarez in questione maioricatus, en el caso presente estamos fuera de toda question, porque el vsufructo paterno in hoc peculiaris est, vt habeat alligatam legitimam administrationem, y de ella la carga de la sustentacion de sus hijos, y costa de todos los pleytos. l. 1. in fine. C. de bonis maternis. Y de aqui es, que el padre q̃ no administra, ò administra mal los bienes del hijo, puede y debe ser privado de la administracion, y emolumēto del vsufructo de los bienes adventicios del hijo, tradit Dom. Ioannes del Castillo in tractatu de Vsufructo, cap. 3. nu. 100. Y de aqui es tambien, que al mesmo padre vsufructuario solamente le tocan los frutos q̃ percibiò, no assi aquellos que no percibiò, ni a sus herederos, sino al hijo proprietario etiã in redditibus census, vel maioratus, como resuelve el mesmo señor Don Iuan del Castillo. d. tractatu de Vsusfructus, cap. 2. num. 38. con muchos Autores que para ello alega. De que se concluye bien claramente, que aviendose quedado este pleyto por seguir, y solicitar por D. Pedro de Vargas, y por cobrar, y percebir los reditos de este Iuro vinculado, nunca le pudieron tocar, ni pertenecer, ni a sus herederos, ni acreedores, sino a D. Beatriz proprietaria, que oy legitimamente los pide, y repite.

SECVNDA OPPOSITIO.

57 HAzela muy grande el Abogado, en que Doña Beatriz ha seguido este pleyto de frutos, por si, y por los que le tocaron por su persona iure sanguinis, como legitima successora, y actual posseedora de estos bienes, y por persona agena de D. Francisca Fajardo su visabuela, y como su renunciataria. Y cōcluye, que ex citato brocardico, *qui se dicit talem tenetur se probare talem*, no necessita Don Iuan de otra cosa para vencimiento, sino de que no se halla en este caso escritura de renunciacion en favor de Doña Beatriz; y que no se puede reparar este defecto, con que la susodicha sea, como es, heredera vnica, y vniversal de D. Iuana de Guzman su madre, renunciataria por la escritura presentada en este pleyto: porq̃ dize q̃ nũca ha pedido en el, como tal heredera de la dicha su madre.

Res-

Respuesta.

58 ES muy facil, porque como està advertido num. la renunciacion de D. Francisca Fajardo contiene la de los frutos recurrendos de estos Vinculos, hasta el vltimo instante de su vida en favor de la dicha D. Iuana de Guzman su nieta, y de los demas sus descendiẽtes. Y como parece por la division, y distincion de tiempos, hecha en la oposicion precediente, en todos los frutos decursos de estos Vinculos durante la vida de D. Francisca Fajardo, es D. Beatriz su visnieta, su renunciataria, y tiene su individual llamamiento, y disposicion, como si nominatim fuera llamada por su nombre, y huviera dicho D. Francisca: *Renucio los frutos de estos Vinculos en D. Beatriz mi visnieta.*

59 Y lo mesmo es, y procede en quanto a los frutos decursos en vida de D. Iuana de Guzman su madre, de quien es heredera, y tiene su mesma accion numero, ella por ella; tanto en fuerça de que cada vno siempre se entiende contratar, y adquirir para si, y sus herederos. l. si pactum. ff. de probat. quãto en fuerça de que el nombre de Heredero fue mera invencion iuris, para introduzir sucession vniversal ipso iure; de todas las acciones, y derechos de el vno en el otro. l. hæreditas. ff. de regul. iuris. l. hæres in omne. ff. de adquirenda hæreditate. Y passô mas adelante introduziendo ficcion de identidad de persona (que lo pudo muy bien hazer, como ley. l. si fortè. ff. de castrensi peculio) authentico de iure iurando à moriente prestito, in principio, de adonde nace que la mesma accion numero del difunto, essa mesma es, y no se muda en el heredero. l. 2. §. ex his. ff. de verbor. oblig. cum vulgatis.

60 De que resulta, que supuesto que es heredera de la renunciataria, importa poco que se diga que es renunciataria ex propria persona (como lo es en parte) y renunciataria como heredera ex aliena persona (como lo es en otra parte) mayormente en materia de legitimacion de persona, que basta que sobrevẽga en qualquiera parte del juyzio; y mucho mas indubitablemente quando ya desde el principio avia sobrevenido, Giurb. decis. 10. n. 11.

61 Accedit pro coronide huius capitis, que todo quanto en este capitulo opone el Abogado, es alegacion de derecho de

Tercero, el qual es intrãsitivo de la persona del mesmo Tercero, y no se puede deduzir en juyzio, ni alegar, sino es por el mesmo, ò por quien tenga su causa, y derecho, ò poder bastante: y assi antes retorquetur contra illum, el defecto de legitimatione personæ, y el vulgar brocardico: *Quoad te liberas ædes habeo*. l. loci corpus. §. competit. ff. si servitus vendicetur. Sin que se pueda aplicar al caso presente, la limitacion de esta regla, hoc est, quando ius tertij est exclusivum iuris agentis: porque (demas de no aplicarse) la limitacion no procede en las acciones personales, como es esta, tradit insignis Barbosa in. l. si rem alienam. ff. soluto matrim. vbi eleganter ad id inducit, & expédit textum celeberrimum in. l. 3. C. de novationibus.

De Iudicio, Caput Secundum.

62 DE Iudicio, & Prejudicio adest huius capitis tractatus; porque a esto (a mi entender) se reduze el discurso del Abogado de Don Iuan, en el, hoc est, que no està bien intentado en tiempo, ni forma, ni adonde y como se debiò intentar. Hæc est prior adversæ allegationis pars: y que precisamente se debiò reservar para el conocimiento de la propriedad de estos bienes, y que este tambien le debiò, y debe preceder: De singulis ergo sigillatim videamus oportet.

De Iudicio, Prior Pars.

63 DIze el Abogado oponiendo, que esta q̃ llama demanda de frutos, por si opuesta, y separada del principal, tiene dificultad, y que se la han reconocido los Abogados de D. Beatriz, tanto en las alegaciones del pleyto, quanto a la Vista en los Estrados, quieren que entre esta demanda por appẽdix del Iuyzio de manutencion, en que se diô possessiõ, y amparo de este Iuro, como vinculado, y de Mayorazgo, a D. Beatriz Ponce, como llamada, y sucessora en el: y dize que esto se desvanece, porque no se intentò en el, sino en juyzio a parte, y en juzgado diferente, por D. Pedro del Alcaçar Actor de este pleyto, y que por executoria se acumulò a el.

64 Quo supposito, insta diziendo, que de ninguna manera se puede tratar, ni determinar iudiciũ hoc de fructibus. Y para

esto

esto alega a Paz de tenuta, tom. 1. cap. 8. & cap. 13. particularmente en el num. 68. & num. 71. cuyas palabras refiere à la letra, y dize probarse en ellas: *Que apartando el Actor del Iuyzio possessorio la accion de los frutos, esta se ha de reservar para el Iuyzio de la propriedad.* Son palabras formales suyas, en el num. 23. de su alegacion.

65 Verùm hæc argumentatio, tam in facto, quàm in iure non subsistit. Quoad prius, porque de lo assentado en los presupuestos del hecho, consta, y conviene reduzir a la memoria, que la determinacion de este pleyto, fue, y es, en el pedimiẽto de possessión de estos Vinculos, que intentô D. Francisca Fajardo, en primero dia del mes de Abril de 624. fol. 11. en q̃ sucediò por muerte de sus hermanos, à cuyo pedimiento saliò contradiciendo D. Mariana Pacheco, en cinco dias del mesmo mes, y año, por su escrito, fol. 41. llamãdole legitima contradictora. Y despues sucediendo D. Beatriz Ponce, a la dicha D. Francisca (su visabuela) en estos Vinculos, intentò pleyto de possessión de los bienes de ellos, en 9. de Setiẽbre de 642. fol. 210. Y luego, tomada possessión y amparo del Iuro sobre que es este pleyto, y con testimonio de el, puso nueva demanda de los frutos del dicho Iuro, a Doña Mariana Pacheco viuda del Licenciado Iuan de san Martin, en 15. de Março de 645. fol. 318. Y despues por executoria de la Real Audiencia, se mandaron acumular al possessorio de D. Francisca Fajardo, el possessorio de D. Beatriz Ponce, y el de la demãda de los reditos arriba referidos.

66 Por manera que supuesta la dicha acumulacion, el pleyto que se litigò, possessorio de los bienes de estos Vinculos, tãto a los bienes de ellos, quanto a sus frutos, y rentos, es el original, a que diò principio D. Frãcisca Fajardo, al qual en virtud de la acumulacion, los demas quedaron accessorios, y en todo vistieron su calidad, propriedad, y naturaleza, conforme a principios vulgares.

67 Y aora en este pleyto principal de D. Francisca Fajardo, y de los demas sus accessorios, incidentes, y dependientes, salio la carta executoria referida en el hecho, num. adonde por parecer justamente quod iam liquebat, ser este Iuro de Mayorazgo, saliò sentencia de su possessión, y porque se entendiò fortasis, que en quanto a los frutos indigebat aliqua discu-

discusione, en la mesma sentencia (en quanto a ellos) se recibió la causa a prueba, y se confirmó en Vista, y Reuista.

68 Vea aora Don Iuan quo spiritu, dize que esta es nueva demanda de frutos, y que se ha de reservar, y tratar precisamēte en el Iuyzio, y propriedad de los bienes de estos Vinculos. Et hęc quoad prius & in facto.

69 Quoad posterius & in iure, non minus peccat argumentatio, y lo que se le impone a Paz de tenuta, hoc est, q̄ resuelve, *que apartando el Actor del Iuyzio possessorio la accion de los frutos, esta se ha de reservar al Iuyzio de la propriedad.* Esta resolucion en si no es cierta, y este Autor no la resuelve, antes lo contrario, como parece ad oculum del discurso siguiente.

70 Porque en el cap. 8. disputa latissimamente, vtrùm in iudicio tenutæ veniant, & peti possint fructus, y por muchos numeros haze demonstracion, que si. Vnde non possum non mirari, qua fronte, el Abogado de Don Iuan alega este Autor, siendo como es contra su pretension in omnibus, & per omnia, y siendo en si tan conjunta y connexa la condenacion de frutos contra el vencido en lo principal, que aunque el Iuez por error condene en este, se trae la determinacion erronea a los frutos, ex textu mirabili pariter & difficili, in l. & ex diverso. 35. §. 1. ff. de reivindicat. vbi pulchrè Anton. Faber pro ratione decidendi docet, quod etsi absurdum videatur errorem principalis ad fructus protrahi: absurdius tamen est, vt lucro condemnati cedant, & ita nil mirū quod iure admittatur absurdum minus propter vitandum absurdum maius.

71 Y en el cap. 13. el dicho Autor, ni en su num. 68. no trata de la accion de frutos, reservanda, vel nō reservanda del Iuyzio possessorio al petitorio de la propriedad, sino otra cosa muy diferēte: vtrū, à sentētia tenutę quoad fructus supplicari possit, en fuerça de la ley Real, q̄ en las tenutas prohibe el grado de suplicacion? Y aplicando a ella vna larga disputa, quę in simili à Doctoribus controvertitur de iure communi quoad appellationem in l. vnica. C. si de momentanea possessione fuerit appellatum. Y aviendo excitado las razones de dudar, admisivas del grado de suplicacion, mutuadas per similitudinem de los Escritores in d. l. vnica, desde el num. 16. latissimamente haze demonstracion de lo contrario prohibitiva del

del grado de ſuplicacion en los pleytos del remedio poſſeſſorio de tenuta, igualmente procede, y tiene lugar, tanto en los bienes de Mayorazgo, quanto en los frutos y rẽtos de los meſmos bienes.

72 Y aora deſde el num. 68 ampliatiuê, & argumẽtativè, dize que eſto denegando gradu ſupplicationis, ſe puede controvertir en tres caſos diferentes. A ſaber, el primero quando los frutos fueron pedidos a la par en el meſmo remedio y acciõ, y entonces pro indubitado reſuelve que no ſe admite ſuplicacion. d. num. 68. ibi: *Quod tamen (hoc eſt deneganda ſupplicatione) ſic accipiendum eſt quando in ipſa actione tenutæ fructus petuntur, tunc enim eorum abſolutio, vel condemnatio ſupplicatione nõ admittit, & ſuperioribus conſiderationibus.* Y eſte es el primer caſo.

73 Y procedendo vlteriùs, amplìa eſta doctrina en el ſegũdo num. 69. vt locum habeat, etiam ſi in ſentẽtia fructuum condemnatio, vel abſolutio facta non eſſet, & poſt eius pronuntiationem à vincente petatur ſuper froctibus pronuntiatio: adhùc enim ſupplicatio denegabitur, vt multoties vidimus: hæc enim pronuntiatio facta à Regio Conſilio, de fructibus omiſsis ſupplicationẽ non recipit. Y eſte es el ſegundo caſo.

74 Y luego num. 70. eſte Autor añade, quando fructus in actione tenutę deducti non fuerunt, nam ſi poſt ſententiã nova actione contra poſſeſſorem in Regio Conſilio petantur, quorum abſolutio, vel condemnatio ſupplicationem recipit. Y eſte el tercer caſo: en el qual, tan lexos ſe halla eſte Autor de que reſuelva lo para que el Abogado le alega, que antes, por el contrario, es contra ſu alegacion: preſupone que aunque los frutos no ayan ſido pedidos, ni avido en razõ de ellos abſolucion, ô condenacion, todavia ſe pueden pedir por nueva accion en el meſmo Conſejo, y ſolamente concede en eſte caſo tercero, el grado de ſuplicacion, que en los dos caſos precedientes avia denegado en fuerça de la diſpoſicion de la ley Real. Vea pues aora quien alega a eſte Autor, adonde dize que preciſſamẽte ſe aya de reſervar para la propriedad, pues todo lo demas que deſpues va diſputando, es, y viene à ſer en conformidad de lo meſmo.

75 Quę tamen omnia ex ſuperabundanti dicta ſunt, porque en el caſo preſente, como parece del hecho proximè (en quãto a eſto cõ puntualidad referido) los frutos fueron pedidos

dentro de los limites del mesmo remedio possessorio primordialmente intentado por D. Francisca Fajardo, a quien se acumulò, y vniô por la acumulacion, el intentado por D. Beatriz Ponce su visnieta, è inmediata sucessora, y antes de aver en el caso, tanto en quanto a los bienes, quanto a los frutos de ellos, pronunciacion alguna, taliter, que sobre lo vno y lo otro conociò, y concluyô la causa el Teniente Don Iuan de la Rua, y por su sentẽcia la determinô en quãto a lo principal, y queriẽdo ser mas biẽ informado en quãto a los frutos, la recibiò a prueba; y esta determinacion se confirmò en Vista y Revista: con que es innegable que la determinacion que despues hizo de los frutos el Licẽciado D. Alonso Martinez Duran su sucessor en el oficio y Iuzgado, es del primer caso de Paz de tenuta. d. num. 68. de quando los frutos fueron pedidos, y cõdenados en el mesmo remedio possessorio; y que no puede tener duda que fueron muy bien pedidos, y estan mejor condenados, y que si como este pleyto fue de possessiõ en esta Ciudad, huviera sido de tenuta en el Cõsejo, su determinacion en quanto a los frutos se huviera executado, y en ninguna manera retardado, ni admitido grado de suplicaciõ contra ella.

De Præiudicio, Pars Posterior.

76 DIze el Abogado de D. Iuan, y pretende, que aun quãdo la accion, y Iuyzio de los frutos, en este caso se hallàra legitimamente intẽtada, adhuc siempre debiera esperar, y precederle la determinacion de la propriedad de estos bienes, ita quod causæ cognitio de proprietate illorum sit prçiudicialis, & prius terminanda quam cognitio fructuum, lo qual dize que se prueba ex illo iuris elemento, de quo Africanus in. l. fundi quem. 18. ff. de exceptionibus, adõde dize que prueva q̃ en ninguna manera se debe admitir la demãda de frutos, pendiente el Iuyzio de la propriedad, ni en aquellos puede aver condenacion, priusquam de proprietate cõstet. Y que la pendencia del Iuyzio de la propriedad de estos bienes, consta de los mesmos autos, y dize que en el de la acumulacion se dixo que fuesse sin perjuyzio de las partes, sobre si los bienes eran vinculados, ò no.

Res-

77 FAcilis est, que el texto in .l. fundi.18. ff. de exceptionibus, procedia y procede bien en el caso en que habla, q̃ es de reivendicacion directa, y adonde supuesto q̃ el reivendicado tenia en su favor los frutos ratione possessionis, §. si quis à non domino, Instituta de rerum divisione, y esto ratione seminis, & possessionis, para que el reivendicante le pudiesse vencer, era preciso, obteniendo la reivendicacion en virtud de el dominio, & ita ratione soli, & non seminis ad eundem fructus pertineret. l. bonæ fidei. ff. de adquirendo rerum dominio, & ita nil mirum, que para esto precisamente se necessite de que llegue a vencer el reivendicãte en la reivendicacion; porque el tal se hallò destituydo de otro remedio mas pingue y favorable, como son los interdictos possessorios, pues vino a vsar del riguroso, y dificultoso de la reivendicacion. l. is qui destinavit. ff. de reivendicatione: porq̃ si le compitiera alguno de los interdictos, y vsara de ellos, en qualquiera vinieran los frutos. l. in interdictis. ff. de interdictis: latè Paz de tenut. d. 1. p. c. 8.

78 Y de aqui es que nunca pudo tener el reivendicante otro medio para aver los frutos del reivendicado, que obtener carta executoria del pleyto de la reivendicacion, especialmente aviendola primero intentado, y que la sentencia absolutoria en ella, avia de produzir efecto de cosa juzgada en la segunda pretension, vt considerat Bartholus in sumario ad l. fundum 16. del mesmo titulo, quam sumat cũ duabus seqq. que vna dellas es. d. l. fundi 18.

79 Totum contrariũ en el caso de este pleyto, y en este Reyno, adonde la. l. 45. de Toro, peculiarissimamente introduxo el remedio mas favorable que pudo ser en el mundo, y con cuya disposicion, lo que Iustiniano, cerca de la patria potestad, dixo del Pueblo Romano in principio, Instituta de patria potestate, que ninguna nacion del mũdo tenia tal patria potestad qual nos Romani habemus; de la misma forma y manera pueden los Españoles dezir, que ninguna otra nacion del mundo tiene remedio tan pingue, amplio y favorable como la. l. 45. de Toro, y q̃ en su comparaciõ todavia quedan cortas las leyes de Frãcia, y estatutos de Italia, vt egregiè cõsiderat Paz. d. c. 8. per totum.

Pues

80 Pues en el inſtante q̃ algunos bienes ſon vinculados, y de Mayorazgo, con ſu poteſtad dominante aquella ley los eximiò del comercio de todos los demas hombres del mundo, tanto al dominio, quãto à la poſſeſsion civil y natural; y que eſtas dos coſas, y todos ſus efectos civiles, pudieſſen reſidir en aquellos que conforme à la diſpoſició del fundador avian de ſuceder. De que reſulta que ſiempre eſte remedio ſupponit, & habet admixtam cauſam proprietatis, que cõſiſte en dos Polos, el vno, que los bienes ſe vinculen: y el otro, que ſegun la fundacion, el que le intẽte ſea el immediatè llamado, vt latè Paz d. tractatu, cap. 6. porque en el meſmo inſtante q̃ de eſto conſta, es conſequente preciſo que la ley que lo pudo muy bien hazer, y obrar, in inſtanti paſſò el dominio, y la poſſeſsion civil y natural de eſtos bienes deſde el inmediato predeceſſor en el ſiguiente llamado ſuceſſor, y de ello reſulta aſsimeſmo que qualquiera otro que los aya percibido, como incapaz de ſu comercio, ni fue ſeñor, ni poſſeedor, ſino vn mero detentador, ac ſubinde, neque iure dominij, neque iure ſoli, neque iure poſſeſsionis, tiene derecho alguno a eſtos fructos, y que por todos eſtos titulos competen al llamado por la fundació: quo ſuppoſito ya es innegable, que no neciſsita, aſsi por interdicto poſſeſſorio, como por la mixtura de la propriedad, à eſperar la determinacion de ella en el Iuyzio petitorio, ni en eſta razon ſujeto a la reſpueſta de Affricano in d. l. fundi, pues tanto ſu deciſion, quanto ſu razon de decidir, ceſſan negativè & contrariè en el caſo deſte pleyto.

81 Sin que obſten a eſto las palabras que refiere el Abogado, num. 25. A ſaber, *Con que no pare perjuyzio a las partes en la queſtion, ſobre ſi los bienes eran vinculados.* Porque lo primero, eſtas palabras no fueron del auto de acumulacion del pleyto de D. Beatriz Ponce, ſino de el de acumulacion del pleyto de D. Mariana Pacheco al pleyto poſſeſſorio de D. Franciſca Fajardo. Lo ſegundo, porque aquellas palabras no dizen que la ſentencia del pleyto poſſeſſorio de D. Franciſca Fajardo no obraſſe el perjuycio y efecto que de derecho le compitieſſe, ſino que el acto de acumulacion no cauſaſſe eſſe perjuyzio. Lo tercero, porque en razon de la poſſeſsion pedida por D. Franciſca, y por D. Beatriz ſu ſuceſſora, de eſtos bienes como vinculados, y contradicion de D. Mariana, pretendiendolos

libres,

libres,ay executoria de tres ſentencias conformes.

82 De eſte lugar (porque en èl lo pone el Abogado, nu.26.) es deshazer vn nublado que de contrario ſe haze. A ſaber, *Que como ſin ajuſtar,ni eſtar cumplida la condicion de la redencion, mediante la qual ſe avia de agregar el Iuro al Vinculo, ſe puede pretender la condenacion de los frutos?* Porque aunque eſto era indigno de reſpueſta,y no neceſsitava de ella(pues como ſe acaba de advertir, ay executoria ſobre ello, que no huviera, ſi eſte Iuro huviera ſido vinculado debaxo de condicion que eſtuviera por cumplir) eſte Iuro fue vinculado puramente por los Fundadores,y executado por los Partidores, como conſta de los preſupueſtos, y eſto ſe halla tan lexos de hazer la dicha vinculacion condicional, que antes comprueban eficazmente que fue pura,y enixamēte deſſeada por los vnos, y los otros. Y porque(ſin perjuyzio de la verdad) quando huviera ſido condicional, eſto no lo pudiera oponer el Licenciado Iuan de ſan Martin,ni D.Mariana por ſu cabeça, ſiendo como era el obligado,y a cuyo cargo eſtava redimir los tributos, y purificar la condicion: regula *cum ſtat per eum ad quem pertinet quo minus condictio impleatur haberi debet,perinde ac ſi impleta fueſſet*, de regulis iuris,lib.6. Y vltimamente,porque como parece de los teſtimonios aora preſentados, todos los tributos eſtan redimidos.

83 Y a todo lo demas que dize deſde el num.27. haſta el 32. eſtà ſatisfecho, y ſe repele por la verdad aſſentada en los preſupueſtos del hecho en eſte Informe.

De Actione, Caput Tertium.

83 EN el qual proſigue el Abogado de Don Iuan diziendo, que aun quando D.Beatriz legitima perſona conforme al primero, y el Iuyzio eſtuviera legitimamente intentado en tiempo,lugar,y forma competente, conforme al ſegundo,adhùc todavia le faltava lo principal, que es la acciō, y el defecto de obligacion contra Don Iuan,y ſu muger, reſpecto de no aver ſido herederos de D.Mariana Pacheco,obligada a la deuda de eſtos frutos, aunque donatarios vniverſales de la ſuſodicha,y que como a tales la carga de ſu pagamēto no les incūbe,ni pueden ſer condenados a el: para lo qual

se contenta con alegar, è ir dilatando, lo que Antonio Fabro recogiò en las difiniciones 4. y 5. C. de donat. in Codice Fabriano, que con responder a ella quedarà tambien excluyda esta objeccion, lo qual pretendemos hazer por tres medios en la manera siguiẽte. El primero, que este Articulo està juzgado, y en el ay cosa juzgada, cuya excepcion le obsta a Don Iuan. El segundo, que sin perjuyzio de esto, y aun quando se huviera de nuevo de determinar, por derecho comun estavã y estan los dichos donatarios vniversales obligados a la paga de lo pedido por este pleyto. El tercero, que quando todo lo susodicho cessàra, por el derecho deste Reyno aviã y debiã ser condenados.

De Primo Medio. §. Primus.

85 ESte se comprueba del presupuesto num. adõde cõsta que siguiendose este pleyto y Articulo contra Doña Mariana Pacheco, y Fernando Farfan en su nombre, sin embargo de aver muerto la susodicha, se diò por bien hecha la notificacion al susodicho, y fue declarado por parte, y señor de la instancia, *con que se hiziesse saber a los herederos.*

86 Y buscando los dichos herederos, se tuvo noticia que lo eran instituydos en el testamento de la dicha D. Mariana los dichos D. Iuan de Gatica, y D. Mayor Venegas su muger, y fue pedido que aceptassen, ò repudiassen la dicha herencia; a que salieron diziendo, que repudiavan la herencia, y que solamente eran donatarios vniversales que tenian aceptado. Y esta alegacion fue repulsada, y el Ordinario teniẽdo por vna mesma cosa donatarios que herederos para este efecto, declarò por su auto, fol. 418. que dava por bien hecha la notificacion que se les hizo en conformidad del auto de la Real Audiencia, a los dichos D. Iuan, y D. Mayor su muger, donatarios de D. Mariana Pacheco, no embargante que auiã repudiado su herẽcia: y este auto se confirmò a la letra por otro de Vista de los señores de la Real Audiencia, que se mandò despachar, y està fol. 425. adõde dize por formales palabras: *Que se confirma lo proveydo por el Teniente Don Alonso Martinez Duran, en que declarò por bien hechas las notificaciones que se hizieron a Don Iuan de Gatica, y a Doña Mayor Venegas su muger, donatarios de la dicha D. Mariana Pacheco,* que en efecto fue dezir, y determinar,

minar, que lo mesmo era para el efecto de hazerseles saber el pleyto conforme al auto, ser herederos de la dicha D. Mariana, ô donatarios vniversales. Y aunque por el dicho D. Iuan fue pedida licencia para suplicar de este auto, se le denegò, fol. 426. De que resulta, que de la mesma forma y manera q̃ la notificacion hecha a los herederos obrara tenerlos por partes legitimas para juzgar la causa contra ellos como tales, obrô tambien lo mesmo ser donatarios vniversales, pues vna y otra igualmente es sucession vniversal: y es brocardico muy sabido, quod in iure nihil curandum est de modo, vbi idem sequitur effectus. l. cum servus. ff. de verborum obligat. cum vulgatis.

87 Y esta determinacion y executoria desta Real Audiencia en este Articulo, tuvo y pudo tener por fundamentos juridicos (demas de los que luego se diran de iure communi & Regio in seqq. §§.) otro, videlicet, q̃ todas las vezes que alguno instituydo por heredero escrito, repudia la herencia para desechar carga, a que por este titulo hereditario estava obligado, y se vale de otro titulo, que le pudiera competir, para no pagar aquello que como heredero pagara, no le admite el derecho a semejante traza y cautela, y por el mesmo caso le juzga por obligado al pagamento de todo aquello, argum. tituli, & l. 1. ff. si quis omissa causa testamenti ab intestato adeat hęreditatem, vt legata præstet, & eleganter notat Barthol. in summario dictę legis primæ, ibi: *Qui possidet ab intestato tenetur legatarij, ac si adijcet ex testamento si hoc poterat.*

De Secundo Medio. §. Secundus.

88 EN aquella question, *Vtrùm donatarius vniversalis omnium bonorum, præsentium, & futurorum possit à creditoribus conveniri actione personali, tanquam hæres?* que es lo mesmo que pro parte affirmativa se halla executoriado por esta Real Audiencia, vt in. §. præcedenti de iure communi, est omnium iuris interpretum, & pragmaticorum, y solo contra ellos insurgit Antonius Faber de erroribus pragmaticorum, decadæ 38. c. 7. & 8. y los mesmos fundamentos q̃ alli tuvo trasladò in dictis definitionibus 4. & 5. C. de donationibus, a todos los quales responden bien los de la opinion afirmativa, quod

ne rem actam agamus, refert & expendet novissimè Doctor Melchior Reynoso doctissimus Advocatus in sus observationibus, observat. 42.

89 Pro qua de iure communi verissima sententia vltra plura fundamenta à pluribus adducta, duo noviter hîc expēdemus.

90 Prius illud est continens sequens dilema, ò esta donacion es de iure cōmuni nulla, & omnino invalida, como resuelve tambien la comun, y recebida opinion de iure communi, (aunq̃ sin texto muy claro) arg. tamē text. in .l. stipulatio hoc modo concepta. ff. de verborum obligat. & latè per eundem Reynoso, observat. 41. ò per contrarium esta donacion es omnino valida, y debe surtir plenissimo efecto in omnibus, & per omnia. Si se dize lo primero, es fuerça que suceda el vulgatissimo principio de derecho, non pręstat impedimentum, quod de iure non sortitur effectu, regula non præstat de reg. iuris, lib. 6. l. 4. §. cōdemnatum. ff. de re iudicata, ab subinde non est verum dicere, quod huiusmodi donatarius valeat se defendere contra creditores personales affirmando se esse dominum bonorū titulo singulari donationis, & consequenter, nec teneri, neq; conveniri posse â creditoribus personali tantùm actione nitentibus, ex reg. text. in .l. fin. §. 1. ff. de cōtrahenda emptione. l. 1. §. si hæres. ff. ad Trebell. titulum autem donationis etiam si magis sit titulus vniversalis omniū bonorum, & differt à titulo hæredis quod est nomen iuris, & non solùm continet omnia bona, sed etiam est titulus vniversalis, quod est alterum ex duplici tello, quo Faber receptam interpretum, & pragmaticorum sententiam impetere conatur. Facilè enim occurritur respondendo, quod vulgatū illud principiū de singulare titulo, & successore, necesse est, vt intelligatur de titulo iure valido .d. reg. non præstat. d. §. condemnatum aliter enim posito facto, & data invaliditate tituli sive ex legis resistentia. l. 1. §. si vir vxori. ff. de adquirenda possessione, sive ex hominis prohibitione. l. si creditor. §. fin. ff. de distract. pignor. l. fi. tit. 13. p. 5. ea resistēcia, & prohibitio facit, vt iuris censura, & potentia, bona non sint, nec esse dicantur in dominio emptoris, vel donatarij, sed venditoris, & donatoris, & vti talia occupētur, & exequantur à creditoribus ipsorum merê chyrographarijs, & personalibus .d. §. finali, ibi: *Nullam esse venditionem, vt pactioni stetur.* Y de aqui es

que

que con ser el derecho de executar personalissimo, y que como tal solo compete contra la mesma persona del obligado, y no otro algun Tercero; todavia si el titulo del Tercero es invalido à lege, vel ab homine prohibente, contra huiusmodi Tertium executio locum habet, vt est vulgatissimum. De q̃ resulta que no se puede, ni debe defender el donatario vniversal, siendo como es el titulo invalido, y reprobado por la ley que le resiste.

91 Y si dize lo segundo, y que la donacion vniuersal fue valida de todos los bienes, derechos y acciones, como en ella se contiene, es fuerça que la entienda prout de iure, *De bonis deducto omni ære alieno*. l. subsignatum. §. bona. ff. de verbor. signi- ficatione. l. non possunt. ff. de iure fisci. l. mulier bona. ff. de iure dotium. Y con mucha mas especialidad quando se tiene respecto al tiempo de la muerte, como en esta se tuuo: Porque entonces proculdubio donatarius tenetur creditoribus personaliter, & ab ipsis exequi potest non aliter quàm si hæres esset, porque no importa que no lo sea, como tega vezes de tal heredero, posseyendo los bienes vniversalmente, como sucede en el bonorum possessore; en el fideicommissario; en el fisco, occupante bona condemnati; en el Monasterio occupante bona Monachi, & indiuidualiter in donatario vniuersali occupante bona donatoris, indubitatum docet Parladorius lib. 2. cap. fin. 4. p. §. 2. à num. 1. & omnino. n. 6.

De Tertio Medio. §. Tertius.

92 QVando de derecho común (por lo q̃ està dicho) la question tuuiera alguna disputa, esta totalmente estaua quitada por la disposicion de las leyes de este Reyno de Castilla, que no dexan lugar a controuersia alguna, y son en la manera siguiente.

93 Primeramente la ley. 69. de Toro, hodie. l. 8. tit. 10. lib. 5. recopil. dispone, y prohibe, *Que ninguno pueda hazer donacion de todos sus bienes, aunque la haga solamente de los presentes*; cuya decision, y disposicion es amplissima, è irrefragable; y la invalidacion es tal, que tiene por causa y razon final, ser contra bonos mores, y consequentemente contra bonum publicum, y como tal no renũciable, ni cõfirmable con juramento, como

es receptissimo apud omnes Regnicolas Scriptores sobre aquella ley.

94 Sin que obste a esto, pro validitate præsentis donationis, lo que el Abogado contrario ha ponderado; A saber, la reserva de vsufructo, y de la cantidad de trecientos ducados para testar, que hizo la dicha Doña Mariana: Porque no porque se reserve el vsufructo, se dexa luego de hazer donacion de todo lo reservado hasta el articulo de la muerte, sino es de treciētos ducados para disponer; Y todo esto es cosa muy tenue, y en ninguna manera bastante para sanar la clara nulidad de esta donaciō, ex.d.l.recop. Y assi lo enseñan en ella todos los Regnicolas, & illis relatis Reynoso. d. obseruatione. 41. per totum, que es muy de notar, que lo resuelue aun en Portugal donde escrivio, y que ay ley de aquel Reyno q̄ prueba lo mismo que la de Toro en Castilla.

95 La 2. es la ley. 4. tit. 15. partit, 2. ibi: *En pagar sus deudas.* Y dando la razon adelante, ibi: *Assi lo debe fazer, pues que finca en su lugar, y hereda sus bienes.* Sin que se pueda dezir que procede en el Rey heredero; Porque esso fuera de indubitabili, y que no se entiende de ley alguna; argumento textus in. l. quod labeo ff. de Carboniano edicto; y assi es llano que se entiende de el sucessor en los bienes, non tamen titulo hæreditario; y q̄ alli la palabra *Hereda sus bienes*, està segun la significacion propria de la patria, hoc est, de aquel que por qualquiera titulo sucède en todos los bienes; como se dize, fulano hereda tal casa, o tal Mayorazgo, non tamen titulo hæreditario, sed sanguinis, como se sucede en todos los Mayorazgos, vt latè per Dominum Molinam lib. 1. cap. 8. per totum. Ergo prueba aquella ley, que la calidad de suceder vniversalmente en los bienes, aunque sea sin ser heredero, le obliga a pagar las deudas de aquel a quien sucedio.

96 La 3. es la ley. 21. de Toro, hodie. l 5. tit. 6. lib. 5. recopilat. *Que el mejorado en tercio y quinto de los bienes, puede repudiar la herencia, y en ella el titulo vniuersal iuris, y aceptar la mejora de los bienes por titulo singular; Pero que todavia quede obligado a pagar la rata parte de las deudas, como si fuera heredero*; Ergo prueba esta ley que el titulo singular de quota de bienes, aunque no sea heredero, y repudie la herencia, de la mesma forma que si fuera herede-

ro de quota hæreditatis, està obligado a pagar pro rata las deudas; Y si esto tiene lugar in donatario quotæ, con mayori dad de razon lo debe tener in donatario vniuersali omnium bonorum, arguméto regulæ textus in.l.quæ de tota.ff.de rei-vendicatione, & in authentica multo magis.C.de sacrosanctis Ecclesijs cum vulgatis. De que se consigue, q̃ aora esta ley sea consonante al derecho comũ, como quieren algunos, aora discrepante, como quieren otros de los Regnicolas, el sucessor en todos los bienes, ò en quota parte de ellos debe pagar pro rata las deudas; de adonde resuelven que el dia de oy de derecho de este Reyno està in totum abrogada la diferécia inter quotam hæreditatis, & quotam bonorum.

97 La.4.es la ley.2.tit.16.lib.5.recopil.induzida, y põderada en esta manera, el total fundaméto de Fabro, in d.decisionibus.4.y.5.C.de donationibus, es, que el donatario aunque vniversal (como tampoco el comprador de la herencia in.l.2.C.de hæreditate, vel actione vendita) non potest conveniri â creditoribus hęreditarijs, aunque aya comprado la herencia con cargo de pagarles, sino que precisamente los acreedores han de convenir al heredero, y el por su contracto convenir al comprador. Y la razon era porque de derecho civil alteri per alterum actio adquiri non poterat: Sed sic est que este derecho civil està abrogado por la dicha ley.2.de la Recopilacion, & hodie in hoc Regno alteri per alterũ actio & obligatio acquiritur: ergo hodie in hoc Regno emptor hæreditatis, aunque nó sea heredero, sed successor bonorum poterit directo conveniri à creditoribus hęreditarijs, neq; vllus circuitus spectandus est, vt in terminis resolvit Alphonsus de Azevedo in.d.l.2.tit.16.lib.5.recopil.n.39. Conque la dicha ley 2.total fundamento de Antonio Fabro, aunque la alegasse muy bien, y se obtuviesse por ella en el Senado de Saboya, donde estâ in sua viridi observantia el derecho civil: totum contrarium en España, adonde aquella ley està abrogada, y sucedio en su lugar.d.l.2. Y lo mismo en el donatario vniversal (in quo iam retorquetur contra Fabrum æquiparatio, quã facit inter ipsum & emptorem hæreditatis) Porque en la misma donacion se contiene, q̃ tanto el donador le encarga de la paga de sus deudas; quanto el donatario accepta la donacion con este cargo, vitandus, & omnino supervacaneus est inutilis

lis circuitus,neque neceſſariò conveniendâ donatrix, vel ipſius hæres à creditoribus,ſed primo loco, & directo cõveniri poteſt,& debet ipſe donatarius,vt donatarius,que fue el fundamento irrefragable de la executoria deſta Real Audiẽcia, de qua ſupra in primo medio.

98 La quinta es la .l.1.tit.4.lib.5.Recopil. in fine, adonde ſe diſpone,*Que ſi alguno dexare à otro por heredero,ò le legare, ò mãdare alguna coſa para que la dè à otro alguno, a quien ſubſtituyere en la herẽcia,ò manda,ſi el tal heredero, ò legatario no quiſiere aceptar la herẽcia, ò legado;el ſubſtituto, ò ſubſtitutos lo puedan aver todo.* Por manera que diſpone eſta ley, que en Eſpaña el fideicommiſſario por ſi,lleve vniverſalmente los bienes, y conſequentemente pague las deudas; aunque el heredero ſe quede con el deſnudo nombre de tal heredero, y no quiera aceptar la herencia, ni reſtituirle los bienes,abrogãdo en todo las ſuperſticioſas obſervaciones de los Senatus Conſultos Pegaſiano, y Trebelliano. Sed ſic eſt;que en el caſo preſente (ſuponiendo validacion de la donacion de D Mariana) es indubitable que el heredero por ella inſtituido en ſu teſtamento, ni era, ni podia ſer mas que vn heredero inſtituido, y grauado a reſtituir todos los bienes y derechos de la herencia,a don Iuan, y ſu muger,donatarios,ò fideicommiſſarios; y conſequentemente como ninguno del mundo avia de aceptar eſta herencia, ni encargarſe de eſte cuidado; es fuerça que por eſta ley los donatarios,ò fideicommiſſarios, ſi llevan los bienes como herederos,ſean reputados,y paguen las deudas. Y lo que iuxta textum in.l.ſingularia.ff.de rebus creditis, ſe avia de reſponder ſi huviera heredero inſtituido repudiante, perſona diſtinta de D. Iuan de Gatica,y ſu muger,donatarios, eſſo meſmo ſe ha y debe reſponder, ſiendo como ſon los meſmos D. Iuan,y ſu muger;herederos inſtituidos repudiantes,ne aliter poſito iure, ſucediera que eſtuviera en ſu mano ſer, ò no ſer deudores,que cõforme a vulgatiſsimos principios, implica manifieſta contradicion.

99 Y vltimamente ſobre todas eſtas es la ley 10.tit.17.lib.4. Recopil.que diſpone y manda, que en los pleytos ſe proceda la verdad ſabida: y ſin atender a las ſutilezas y eſcrupuloſidades del derecho civil,como ſon todas las que ſe alegan, y en que ſe pretende fundar la deciſion 4. y 5. de Antonio Fabro:

Fabro: y de todo lo dicho en este §. resulta, que si el escriviera en España, y cō la noticia y pericia de todas las leyes aqui alegadas, no definiera nada a las subtiles, y escrupulosas decisiones del derecho civil en que se funda, como in simili el mesmo lo enseña, y guardò in definitione 1. C. de crimine expilatæ hæreditatis, ibi: *Expilatæ hæreditatis crimen, hodie vis vllum est postquam edicto, & omnium ferè gentium, generali consuetudine inductum est, vt hæreditariarum rerum possessio ipso iure, & absq; facto vllo, qualis penes defunctum fuerat in hæredem quemlibet transferatur.*

100 Expediti como constat ex præcedentibus de las decisiones de Saboya, y cada parte de ellas, ya parece que no necessitavamos de algunas instancias, que (suponiendolas bien fundadas) haze todavia el Abogado de D. Iuan, las quales sublato fundamento corruant necesse est: pero para mayor convencimiento, y porque algunas consideraciones avemos de retorcer contra el, las pondremos aqui por remate deste discurso, en la manera siguiente.

Instancia.

101 Desconfiado justamente D. Iuan de los meritos de justicia, pretende recurrir a division y particiō rusticorum medium, ex glos. in l. Nesenius ff. de negotijs gestis, y que esta aya de ser en dos maneras, quoad res, & quoad tempus, taliter; que aquellas que individualmente le fueron donadas por D. Mariana, contenidas en la escritura de su donacion, no corran peligro alguno, ni competa en ellas derecho a D. Beatriz. Y que este tampoco aya de comprehender los reditos cobrados despues del dia de su donacion; y en el vno y otro haze las oposiciones siguientes.

Oppositio Prima quoad res.

102 Dize que todas las contenidas en su escritura de donacion, desde el instante de ella se le adquirierō a los Donatarios en propriedad, y possession, tanto en fuerça de la reserva de vsufructo que la Donadora reservô, ex vulgari regula. l. quisquis. C. de donationibus, quanto en fuerça

de

de la clausula de constituto qua donatrix interim donatariorum nomine se constituit possidere, ac subinde, no se puede afirmar que D. Beatriz pretenda cobrar los reditos del Iuro de su Mayorazgo, que le debiò, y debe restituyr Doña Mariana de bienes agenos, y de Don Iuan de Gatica, y Doña Mayor su muger, argumento tit. C. ne vxor pro marito, cum vulgatis.

Respuesta.

103 SVpervacuamente haze semejante instancia el Abogado, porque la question de que tratamos, y todo lo que en ella in præcedentibus queda resuelto, procede y tiene lugar in donatione vniversali omnium bonorum perfectissima & consumata, & in omnibus suis numeris absoluta, & rebus donatis non per reservationem vsusfructus, clausulam constituti, & alios similes modos fictos, sed per veram, & realem traditionem, & abdicationem à donatore factam in donatarijs, si hæc igitur fiunt in vero, in ficto quid fiet? nisi concedamus absurdum, & quod longè maior vis esse debet in fictione quâm in veritate, contra vulgare iuris axioma, & regulam non solùm iuris, sed naturæ ipsius in. l. filius quem pater, ff. de liberis & posthumis, & in. §. minorē, Instituta de adoptionibus, cum vulgatis.

104 Lo qual se comprueba, porque en este caso, ni la entregà real, ni la ficta, puede, ni debe surtir efecto alguno, ex eo, porq̃ la naturaleza, y calidad de la materia de donacion vniversal omnium bonorum, en si contiene intrinsecamente quod debita prius solvantur, & interim neque vera, neque ficta traditio aliquid operantur, porque la vniversalidad obliga a q̃ in totum se tenga mira, consideracion, y condiciō al tiempo de la muerte, vt habetur in clausula ipsius donationis, referida supra num. ibi: *Item, todos los demas bienes muebles, y rayzes, deudas, derechos, y acciones que me pertenecen, y pertenecieren, y de mi quedaren al tiempo de mi fallescimiento, para que en la cantidad que fueren, y segun, y como yo los huviera de aver, y me pertenecieran, los aya y suceda en ellos el dicho Don Iuan.*

105 Planê en estas palabras se contiene y comprueba evidentemente el intento de D. Beatriz, assi porque, bienes, deudas, derechos, y acciones, in suo proprio & naturali significatu nō

sunt,

sunt, neque dicuntur nisi deducto omni ære alieno. d. l. subsignatum. §. bona. Como, y porque, dizé que los aya D. Iuan como D. Mariana los avia de aver, & ita como su cessionario, & in sui locum, & causa succedenti, absurdum autem foret intolerabile, que D. Iuan se los llevasse sin pagar las deudas de D. Mariana, cõtra iuris principia vulgatissima. l. traditio, ff. de adquirendo rerum dominio. l. nemo plus iuris in alium trãsferre potest quam ipse habere. ff. de regulis iuris, reg. qui in ius succedit alterius, eodem iure quo ille vti debet, eodem tit. lib. 6. cum vulgatis, sin que repecto de esta calidad (como se acaba de dezir) aliquid operetur d. traditio, vel assignatio certarum rerum: porque como el principal intento fue de donacion vniversal, y respectiva al tiempo de la muerte, el assignar, entregar, ò constituir luego algunos bienes de presente, nihil facit, neque immutat naturam actus qui geritur: docet eleganter el señor D. Iuan Baptista de Larrea, allegationum fiscalium, tom. 2. allegat. 76. n. 22. l. fin. C. de nõ numerata pecunia, tradit Carrasco ad. l. Recopil. cap. 11. 3. part. n. 205. & seqq.

106 Para lo qual non insubtiliter se pueden ponderar tres leyes de Toro, que son. 17. 21. y 23. en esta manera. La ley. 17. dispone; *Que la mejora hecha por vltima volũtad, ò por cõtracto, tenga naturaleza de vltima volũtad, y sea revocable, y deambulatoria hasta el vltimo espiritu de la vida del meliorante, salvo si por modo verdadero, ò ficto, entregare las cosas de que se haze la mejora.* Y la ley. 23. dispone; *Que para el valor de las mejoras se atienda al tiempo de la muerte de el meliorante.* Y la. 21. tres despues de la. 17. declarandola, dispone; *Que todavia no obstante la entrega, ò assignacion de algunas cosas, el mejorado aya de pagar prorrata las deudas.* Y de la mesma forma y manera procede en este caso, que el donatario vniversal por la naturaleza de su donacion debe pagar todas las deudas, sin que lo perturbe aversele entregado algunas, ò todas las cosas donadas.

Secunda Oppositio.

107 PRetende D. Iuã, y su Abogado, que ya que no in totum, por lo menos in tantum, no aya de ser obligado a pagar estos reditos; y dizé, que los que corrieron desde el dia de su donacion adelante, que fue en. 18. de Agosto de. 629. no

ha

ha de incumbir su pagamiento como deuda contraida despues por la dicha D. Mariana su donadora, alegãdo para ello todavia la definicion. 5. de Antonio Fabro.

Respuesta.

108 FAcilmente se refuta esta alegacion. Lo primero, porque la definicion de Antonio Fabro, no parece que se pueda negar que in omnibus,& per omnia queda bastantemẽte covẽcida (& salva Magistri nostri authoritate) no poderse alegar à decision in causa in Hispania. Lo segundo, porque sin perjuyzio de esto, esta deuda de D. Mariana, en nada naciò despues del dia de la donacion, porque ella la cõtraxo, desde el que sin pertenecerle se entrometiò a detentar este Iuro, y a percibir sus reditos: y assi mil años que despues los percibiesse, tuvo la obligaciõ, origen y principio desde el dia q̃ començò a detentar. Lo tercero, porque (sin perjuzio desto) la consideracion y respecto del tiempo de la muerte, necessariamente haze que como han de ser bienes los que entonces quedaren, por el mesmo caso ayan de padecer la diminuciõ por las deudas que entonces quedaron, como gozaran de el aumento si le huviera, vt idem operetur proposito in proposito, quod operaretur oppositũ in opposito. l. fi. §. fi. ff. de legatis. 3. cum vulgat. Lo quarto y vltimo, y mas peremptorio que todo, porque demas de que Don Iuan y su muger, al pie de ella aceptaron in totum la dicha donacion, y aora no la pueden aceptar por parte, y repudiar por parte. l. si quis decedens. ff. de administratione tutorum, està el caso mas fuera de duda, porque D. Iuan como donatario, y sucessor vniversal de D. Mariana, fol. 409. saliò a este pleyto, *y pidiò en propriedad por cabeça de la susodicha este Iuro*, y no se puede dezir, ni tolerar, q̃ para los derechos activos como este, sea parte, y para los passivos de pagar las deudas, lo dexe de ser. l. secundum naturam. ff. de reg. iuris, regula qui sentit eod. tit. lib. 6. cum vulgatis.

Tertia & vltima Oppositio.

109 ESta no solo pretende el Abogado de D. Iuan, que lo es cõtra esta parte, sino juntamente alegaciõ, y confirmacion

de la justicia de la suya, tã poderosa y eficaz, que dize ser bastante para desembaraçarle de la dificultad de la controuersia, y que esta es porque en aquella questiõ; *vtrùm creditor posterior tempore, ex causa onerosa debeat præferri creditori anteriori ex causa lucratiua in bonis communis debitoris concursati?* Es en tanto grado verdad, que si el anterior ex causa lucratiua cõcurse cõ el acreedor posterior ex causa onerosa, se prefiere el Donatario, si en la donacion huuo clausula de constituto; para lo qual, despues de Bartulo, y otros, alega a Iuan Gutierrez de iuramento confirmat. 3. parte. c. 15. num. 23.

Refutatio & retorcusio.

110. INdebidamente pretende el Abogado de Don Iuan, q̃ con la doctrina q̃ se acaba de proponer, està desembaraçado del fundamento que Doña Beatriz tiene de su justicia, en la resolucion de aquella question; porque se le da eficacissima; y esta es que el acreedor posterior ex causa onerosa siempre ha de ser preferido, que es la que siguen los Regnicolas, vt videre est apud Ioannem Gutierrez de iuramento confirmat. 3. part. cap. 15. a num. 20. Carleval de iudiciis. 2. tom. lib. 1. tit. 3. disputat. 30. nouissimè, & latissime Doctor Franciscus Carrasco ad. l. recopil. 3. parte cap. 11. à num. 205. Cuya resolucion es certissima, y tiene por si texto expresso insuperabilis, & omni exceptione maior in. l. inter omnes. ff. de re iudicata, ibi: *Is quoque qui ex causa donationis conuenitur in quantum facere potest condemnatur:* sequitur & facit, *& quidem is solus deducto ære alieno.*

111. Por manera, que en qualquiera lugar y ocasion, qualquier acreedor posterior personal, y mere chyrographario en los bienes del Donador, es primero en tiempo, y de mejor derecho, que qualquiera anterior donatario anterior donatario anterior ex causa lucratiua, id que ex eo quia, *si vinco vincente in te, à fortiore vinco te*. l. de accessionibus. ff. de diuersis & temporalibus, & ex eo etiam, porque el tal acreedor personal, induit personam donatoris, y como tal puede hazer esta alegacion contra el Donatario: vt cum iudicio aduertit Carleval vbi proxime, & ampliat Carrasco dict. num. 205. ibi: *Solutis prius creditoribus onerosis quantumvis personalibus.* Y la razon

es irrefragable, porque en este caso creditor personalis ex persona donatoris, & ex d. regula si vinco, consequitur lo q̃ fortasis ex sua persona consequi non posset, ex reg. is qui in ius, de regul. iuris, lib. 6.

112 Sin que a esto pueda hazer contradicion alguna la limitacion de algunos, y que se alega de Iuan Gutierrez d. n. 23. Lo primero, porque non est huius loci, ni del caso presente, y habla solamente in donatario certę rei, & individui, que es distantissimo del vniversal omnium bonorum, Dom. Larrea, d. allegat. 76. n. 23. qui ex sui natura tenetur ad ęris alieni solutionem, vt latè in prędictis probatum remanet, & de vno ad alium casum tanquam à separatis non debet fieri illatio, l. Papinianus. ff. de minoribus, cum vulgatis.

113 Lo segundo, porque de aqui nace que no obrò nada para el proposito en este caso la clausula de constituto, porque como cõdicional, y correspectivè al tiempo de la muerte, nihil operari debet, idem Dom. Larrea, vbi proximè num. 21.

114 Accedit, que la possession que se transmite en virtud de la reserva de vsufructo, ex. l. quisquis. C. de donationibus, tan solamente es la civil, y la natural semper remanet tenes cõstituẽtem, Antonius Gomez in. l. 45. Tauri. n. 63. Y lo mesmo procede en la donacion de todos los bienes hecha cõ la mesma reserva, ex eodem Gomesio.

115 De que resulta, que aun quando la donacion fuera certæ rei, y el donatario en virtud de la civil, viniesse a competir (pidiẽdo la natural) con el acreedor posterior personal, seria del vencido el donatario, en fuerça de la consideracion referida, y de las palabras dictæ legis inter omnes: y con mayoridad, y mayor numero de razones en el donatario vniversal, por todo lo que està dicho.

116 Vltimo loco pro coronide, no es de algun fundamento, ni necessita de respuesta, el que D. Iuan ha pretendido hazer en la Informacion dada. A saber, que esta donacion fue ex causa matrimonij, que quando se tratò entre D. Iuan, y D. Mayor, D. Mariana su tia quedò de hazerla, y que esto lo mudò la naturaleza de gratuita, y eximiò de lo que se acaba de dezir. Lo primero, porque no se hallarà que esta particularidad fuesse alegada por el dicho D. Iuan, que solo basta para que no se deba hazer caso alguno de ello, pues ya se sabe que no basta articularse sino se alega.

La

117 Lo segundo, porque aunque se articulò, los testigos que en esta razon deponen, no concluyen cosa alguna para que se deba hazer de ellos caso alguno in proposito.

118 Lo tercero, porque aũque se alegara, articulara, y probara plenamente, el articulo solo contiene aver quedado de hazerle donacion de sus bienes para despues de su muerte, y auque no fuera con esta calidad, donaciõ de todos los bienes, cõtiene en si deducto ære alieno, hasta el vltimo dia de la vida, y de otra manera non sunt, neque dicuntur bona.

119 Lo quarto y vltimo, porque de qualquiera manera que se considere, y que la donacion hecha por causa onerosa, y de matrimonio con Tercero, de todos los bienes del donador, ò alguna parte de ellos, esta siempre se entiende, y tiene por calidad pagar todas las deudas respectivamente contraidas por el donador, ò doctador hasta el vltimo espiritu de su vida, latè Dom. Larrea. d. allegat. fiscali. 76. à num. 20. cum pluribus seqq.

Ex quibus parece bien fundada la justicia de D. Beatriz, y que en todo y por todo se ha de confirmar la sentencia del Ordinario, y assi lo espera. Salvo, &c.